

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot afwijzing van een aanvraag om ontheffing als bedoeld in artikel 17 van de Mededingingswet.

Zaaknummer. 459, ontheffingsverzoek Nederlandse Omroep Programma Stichting

I. INLEIDING

1. Op 31.03.1998 ontving de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna:"dg NMa") een aanvraag om ontheffing van de Nederlandse Omroep Programma Stichting (hierna:"NOS") met het verzoek een ontheffing toe te kennen van het verbod van artikel 6, eerste lid van de Mededingingswet (hierna:"Mw") op grond van artikel 17 Mw. Het ontheffingsverzoek heeft betrekking op de overeenkomst licentiëring programmegegevens d.d. 12.09.1995 die is afgesloten tussen de Nederlandse Omroep Stichting (hierna:"NOS"), de RTL/Veronica de Holland Media Groep S.A. (hierna:"HMG") en Veronica Blad C.V. (hierna:"Veronicablad").

II. FEITELIJKE ACHTERGROND

A. Verzoekster

2. NOS is op grond van artikel 16, eerste lid, van de Mediawet het samenwerkings- en coördinatie-orgaan van de instellingen die op grond van de Mediawet zendtijd hebben verkregen voor landelijke omroep. Tot de instellingen die zendtijd hebben verkregen voor landelijke omroep behoren onder andere de omroepverenigingen KRO, NCRV, AVRO, TROS, EO, VPRO, BNN en VARA (hierna: "de omroepverenigingen"). Voorts hebben enkele educatieve instellingen, kerkgenootschappen en genootschappen op geestelijke grondslag, de Nederlandse Programmastichting, de Stichting Etherreclame, politieke partijen, de overheid en NOS zelf zendtijd verkregen voor landelijke omroep. Het geheel van instellingen die zendtijd hebben verkregen voor landelijke omroep, wordt hierna ook aangeduid als: de publieke omroep. De omroepverenigingen exploiteren elk ten minste één wekelijks verschijnend programmabladd.

B. Overige betrokken ondernemingen

3. HMG is een onderneming waarvan de aandelen voor 65% in het bezit zijn van RTL Beheer BV (waarvan de Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion S.A. (hierna:"CLT") aandeelhouder is) en voor 35% van Veronica Holding BV. De televisiezenders RTL4, RTL5 en Veronica maken onderdeel uit van HMG.
4. Veronicabladd is een commanditaire vennootschap waarvan Veronica Uitgeverij B.V. behorend vennoot is. Veronica Vereniging, onderdeel van de Veronica Omroep Organisatie (hierna: "Veronica"),(80%) en RTL4 Beheer B.V. (20%) zijn de gezamenlijke aandeelhouders van Veronicabladd.

C. De aangemelde overeenkomst

5. De aanvraag heeft betrekking op de overeenkomst licentiëring

programmegegevens d.d. 12.09.1995, afgesloten door NOS, HMG en Veronicablad (hierna: "de licentie-overeenkomst"). De licentie-overeenkomst is tot stand gekomen nadat Veronica op 08.10.1994 besloten had om met ingang van 01.09.1995 uit het publieke bestel te treden. In de licentie-overeenkomst is vastgelegd dat NOS en HMG met ingang van 01.09.1995 voor een duur van vijf jaar tegen betaling tot uitwisseling van programmegegevens overgaan.

6. Artikel 3 van de licentie-overeenkomst bepaalt:

"Veronicablad verplicht zich jegens de NOS zich te houden aan de beperkingen, welke bij of krachtens Mediawet/ Mediabesluit zijn gesteld aan omroepverenigingen ter zake van het uitgeven van programmabladen, de werving en de promotie daarvan. HMG ziet erop toe dat bedoelde promotiebeperkingen in haar uitzendingen worden nageleefd. Wijzigingen van deze beperkingen zullen door partijen gelijkelijk in acht worden genomen."

7. Artikel 3 van de licentie-overeenkomst is verder uitgewerkt in een separate overeenkomst van 21.08.1995 die ook door HMG, NOS en Veronicablad is ondertekend en als bijlage bij de licentie-overeenkomst is gevoegd (hierna: "de separate overeenkomst"). Met referentie naar de overeenkomst van 12.09.1995 wordt bepaald dat het daarbij op dat moment gaat om de volgende beperkingen (hierna: "de beperkingen"):

1."Aan de leden van een omroepvereniging wordt geen op geld waardeerbaar voordeel verstrekt behoudens:

- een geschenk aan de aanbinger van één/meerdere nieuwe leden ter waarde van maximaal f 25,-
- een geschenk aan een nieuw lid, tevens jaarabonnee op het programmablad ter waarde van maximaal f 10,-" (Beleidslijn Nevenactiviteiten en Ledenwerving art. 2-4);"

2."Bij wijze van introductie mogen omroepverenigingen uitgegeven programmabladen gratis verstrekken, mits de duur hiervan niet meer dan 13 achtereenvolgende weken per jaar bedraagt en tussen de periode van gratis verstrekking en een eventueel volgende gratis verstrekking een termijn van tenminste 9 maanden in acht genomen is;"

3."Van de leden wordt een contributie geheven met een minimum bedrag van f 10,- per jaar, of indien in het lidmaatschap de verstrekking van een programmablad is begrepen f 30, -- per jaar. (art. 64 Mw);"

4."Een programmablad bevat, afgezien van de van derden afkomstige advertenties, gemiddeld berekend over een kalendermaand, niet meer dan 25% andere informatie zoals bedoeld in artikel 58, vierde lid van de Mediawet, d.w.z.: programmaopgaven en gegevens over het functioneren van de desbetreffende omroepinstelling en haar activiteiten. Partijen stellen in dit verband uitdrukkelijk vast dat de status ten tijde van het sluiten van de overeenkomst programmegegevens gehandhaafd kan worden;"

5." Omroepverenigingen mogen oproepen doen in het kader van ledenwerving, mits wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

- de oproepen mogen geen aanduiding bevatten van economische voordelen, verbonden aan het lidmaatschap dan wel aan het aanbrengen van een lid;
- in de oproepen dient duidelijk te worden vermeld dat nieuwe leden voor ten minste één jaar contributie verschuldigd zijn;
- de totale duur van de oproepen bedraagt ten hoogste 24 minuten per kwartaal voor wat betreft televisie-uitzendingen en 7 minuten voor wat betreft radio-uitzendingen, met dien verstande dat de totale

duur van de op één zendernet op één dag door een omroepvereniging uitgezonden oproepen niet meer bedraagt dan 2 minuten;

- deze oproepen mogen niet vooraf gaan of direct volgen op voor aankondigingen van uit te zenden programma's of verwijzingen naar de omroepprogrammatische inhoud van programmabladen;"

6."Een programmablad wordt niet aangeboden in combinatie met een ander blad (artikel 58, vijfde lid van de Mediawet)."

D. Gronden aangedragen door verzoekster ter ondersteuning van het ontheffingsverzoek

1. Artikel 6 Mw

8. Verzoekster is van mening dat de licentie-overeenkomst niet onder de reikwijdte van artikel 6 Mw valt. De licentie-overeenkomst vormt een licentie waarbij toestemming wordt gegeven bepaalde handelingen te verrichten met auteursrechtelijk beschermde merken. Gezien de aard van het auteursrecht vallen dergelijke licenties niet onder het verbod van concurrentiebeperkende afspraken (vgl. Coditel II, Jur. 1982, 8 3881 en de ARD beschikking, Pb L 284/36, 1989).
9. Het bovenstaande geldt volgens verzoekster evenzeer voor de in artikel 3 van de licentie-overeenkomst neergelegde verplichtingen. Een licentiegever mag voorwaarden opnemen die de licentienemer in acht moet nemen bij de openbaarmaking en verveelvoudiging van de auteursrechtelijk beschermde werken (zie onder meer Magill, Pb L 78/43, 1989, nr. 23 en 27). Verzoekster is van mening dat het stellen van dergelijke objectieve eisen van zuiver kwalitatieve aard zeer gebruikelijk is in het economisch verkeer en recht doet aan de waarde en het imago van het betrokken product (vgl. selectieve distributie).
10. Ten slotte is verzoekster van mening dat de licentie-overeenkomst toeziet op de licentiëring van de uitgebreide programmeergegevens (spoorboekje met uitgebreide toelichting). Teneinde lezers/abonnees passende en adequate informatie te verstrekken zijn eisen gesteld aan de uitgave waarin de programmeergegevens zijn opgenomen.

2. Artikel 16 Mw

11. Primair is verzoekster van mening dat met verwijzing naar artikel 16 Mw de licentie-overeenkomst is onttrokken aan artikel 6 Mw. Mede in het licht van artikel 62 Mediawet (oud) is de licentie-overeenkomst indertijd ter kennis gebracht bij het Commissariaat voor de Media (hierna:"CvdM"). Volgens verzoekster zag het CvdM in de inhoud van de overeenkomst geen aanleiding maatregelen te treffen.

3. Artikel 17 Mw

12. Onder punt 6 van het ontheffingsverzoek geeft verzoekster aan, in geval zou worden geoordeeld dat artikel 6 Mw van toepassing is, waarom de licentie-overeenkomst voldoet aan de criteria van artikel 17 Mw.
13. In antwoord op de vraag hoe de mededingingsafspraken bijdraagt tot verbetering van de productie of de verdeling van goederen of diensten of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, geeft verzoekster aan dat de gesloten licentie-overeenkomst tot doel heeft de bestaande situatie voort te zetten inzake de inhoud van de programmabladen van Veronicablad en de publieke omroepen. Het achterwege laten van deze licentie zou de bladen ernstig in inhoud beperken, doordat partijen niet over elkaars

programmagegevens en over die van de andere HMG omroepen zouden kunnen beschikken. Aldus zouden consumenten worden benadeeld en zou een situatie kunnen ontstaan die aanleiding gaf tot de Magill zaak.

14. In antwoord op de vraag waarom alle mededingingsbeperkende bepalingen noodzakelijk zijn om de onder punt 13 bedoelde doelstellingen te bereiken, geeft verzoekster aan dat de licentie-overeenkomst geen overbodige beperkingen bevat. Zij stelt dat, zoals volgens verzoekster in de Magill zaak is erkend, de voorwaarden die in artikel 3 van de licentie-overeenkomst aan Veronicablad zijn opgelegd, proportioneel zijn. Verder stelt zij dat de beperkingen waaraan artikel 3 van de licentie-overeenkomst refereert hun grondslag vinden in de wet, dat het CvdM ook na de liberalisering van de Media strikt toeziet op de naleving van de regels voor de publieke omroepen en dat de huidige Mediawet het publieke omroepen verbiedt hun programmabladen te laten worden tot algemene publieksweekbladen. Doordat Veronica deel uitmaakt van het publieke bestel, voldeed Veronicablad volledig aan de gestelde eisen. Dat zou volgens verzoekster na de uittrading van Veronica zo zijn gebleven.
15. In antwoord op de vraag hoe een billijk aandeel in de uit de onder punt 13 bedoelde verbetering of vooruitgang voortvloeiende voordelen ten goede komt aan de gebruikers, geeft verzoekster aan dat bij het achterwege blijven van een licentie-overeenkomst de bestaande situatie zou zijn verslechterd en consumenten zou hebben beroofd van omroepbladen die op wekelijkse basis een alomvattend overzicht bieden. Zonder deze licentie-overeenkomst zouden consumenten kunnen zijn gedwongen twee gidsen te kopen.
16. In antwoord op de vraag waarom de mededingingsafspraken de concurrentie niet uitschakelen voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen of diensten, geeft verzoekster aan dat op de markten voor het uitzenden van omroepprogramma's en programmabladen sinds jaar en dag felle concurrentie bestaat tussen diverse aanbieders. Volgens verzoekster leidt de licentie-overeenkomst er niet toe dat er geen restconcurrentie overblijft.

III. ONTHEFFINGSPROCEDURE

17. In de Staatscourant nummer 104 van 08.06.1998 is mededeling gedaan van de ontheffingsaanvraag. Daarbij zijn belanghebbenden opgeroepen hun zienswijze schriftelijk of mondeling naar voren te brengen. De aanvraag en de daarop betrekking hebbende stukken hebben gedurende vier weken ter inzage gelegen ten kantore van de Nederlandse mededingingsautoriteit.
18. Op 25.06.1998 heeft de dg NMa het CvdM om informatie gevraagd. Het CvdM heeft op 07.08.1998 haar schriftelijke antwoorden aan de NMa toegezonden.
19. Op 03.07.1998 heeft NV Holdingsmaatschappij de Telegraaf (hierna: "de Telegraaf") als belanghebbende haar schriftelijke zienswijze aan de NMa doen laten toekomen.
20. In aanvulling op de eerdere ter inzagelegging heeft de dg NMa op 15.09.1998 de onder punt 18 genoemde correspondentie van de NMa met het CvdM aan NOS en de Telegraaf toegezonden. Tevens is op basis van artikel 3:13, lid 4 van de Algemene wet bestuursrecht NOS in de gelegenheid gesteld om schriftelijk haar zienswijze te geven op het door de Telegraaf op 03.07.1998 ingediende stuk.
21. Op 05.10.1998 heeft de Telegraaf schriftelijk haar zienswijze aan de

- NMa doen toekomen, in reactie op de door de NMa op 15.09.1998 aan haar toegezonden aanvullende informatie.
22. Bij ontstentenis van een schriftelijke reactie op de door de NMa op 15.09.1998 aan haar toegezonden informatie, is NOS door de NMa in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze mondeling naar voren te brengen. NOS heeft hier op 14.10.1998 schriftelijk mee ingestemd.
 23. Op 29.10.1998 is het concept-besluit aan NOS, HMG en Veronicablad toegezonden, om partijen in de gelegenheid te stellen hierop te reageren. Op 13.11.1998 heeft HMG haar schriftelijke reactie aan de NMa doen toekomen.
 24. Op 20.11.1998 heeft NOS haar schriftelijke reactie op de eerdergenoemde correspondentie tussen CvdM en NMa, de schriftelijke zienswijze van de Telegraaf en het concept-besluit aan de NMa doen toekomen. Deze schriftelijk reactie heeft de dg NMa geen aanleiding gegeven het besluit op hoofdlijnen aan te passen.
 25. Op 03.12.1998 heeft de NMa paragraaf IV.B. uit het concept-besluit inzake de beoordeling van de toepasbaarheid van artikel 16 Mw voor commentaar voorgelegd aan het CvdM. Op 09.12.1998 heeft het CvdM schriftelijk aan de NMa meegedeeld dat de concept-tekst naar het oordeel van het CvdM feitelijk juist is.

IV. BEOORDELING

26. NOS verzoekt de dg NMa om toepassing van artikel 17 Mw waarbij ontheffing wordt verleend van het verbod van artikel 6 eerste lid Mw. Mitsdien hangt de toepasbaarheid van artikel 17 Mw af van de voorafgaande toepasbaarheid van artikel 6 Mw.

A. Toepasbaarheid van artikel 6 Mw

27. Artikel 6 Mw luidt:

"1. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst;
2. De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig."

1. Onderneming

28. Onder een onderneming wordt blijkens artikel 1, onder f, Mw verstaan: een onderneming in de zin van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag. In de Memorie van Toelichting is in aansluiting bij vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG aangegeven dat een onderneming is: iedere entiteit die, ongeacht rechtsvorm of wijze van financiering, een economische activiteit vervult.
29. NOS gaat op de voet van artikel 58, tweede lid, van de Mediawet overeenkomsten met derden aan inzake het (tegen vergoeding) leveren van programma-overzichten. Aldus neemt zij deel aan het economisch verkeer. NOS is derhalve een onderneming in de zin van artikel 1, onder f, Mw. Het zelfde geldt voor HMG, Veronica en dochterondernemingen van één van beiden, zoals bijvoorbeeld Veronicablad.

2. Relevante product- en geografische markt

2.1 Productmarkt

30. De relevante productmarkt betreft de producten ten aanzien waarvan de mededingingsrechtelijk te beoordelen gedraging van ondernemingen zich afspeelt. In algemene zin geldt dat deze markt alle producten omvat die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd door de afnemer als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd. Ook aanbodsstitutie is in dat verband een relevant aspect.
31. Aannemelijk is dat programma-overzichten voor de afnemers, samenstellers van uitgaven met programma-overzichten, niet vervangbaar zijn door andere producten. Dit betekent dat de markt voor programma-overzichten een zelfstandige markt is, van welke markt geen andere producten deel uitmaken.
32. Wekelijkse programma-overzichten zijn te onderscheiden van dagelijkse programma-overzichten. Dagelijkse programma-overzichten blijken als bron van informatie voor de eindafnemers slechts in beperkte mate een vervanging te vormen voor wekelijkse programma-overzichten. Wekelijks worden in Nederland circa 4,7 miljoen wekelijkse programmabladen afgezet. Bij ongeveer zeven op de tien Nederlanders komt wekelijks zo een programmablad in huis. Uit het feit dat consumenten zich derhalve op grote schaal tegen betaling voorzien van publicaties die een weekoverzicht van radio- en televisieprogramma's bieden terwijl dagelijkse programma-overzichten in de dagbladen worden afgedrukt en ook op andere wijze (al dan niet kosteloos) ter beschikking staan, blijkt dat er een zelfstandige en effectieve vraag bestaat naar informatie op weekbasis over uit te zenden radio- en televisieprogramma's. Blijkbaar hecht het publiek waarde aan de uitvoeriger programma-informatie die de gespecialiseerde programmabladen bieden en aan de mogelijkheid om meerdere dagen vooruit te plannen welke programma's het tot zich zal nemen. Dit betekent dat voor de afnemers van programma-overzichten, de samenstellers van programmabladen, de weekoverzichten niet vervangbaar zijn door dag-overzichten. Ook langs deze lijnen valt de productmarkt voor programma-overzichten derhalve in te onderscheiden deelmarkten uiteen.
33. Naast de markt voor wekelijkse programma-overzichten speelt een daarvan afgeleide markt een rol, namelijk die van uitgaven waarin wekelijkse programma-overzichten van uit te zenden programma's worden gepubliceerd. Programma-overzichten verkrijgen economische waarde wanneer ze kunnen worden gepubliceerd. Het gaat hier in Nederland om de wekelijkse programmabladen van Veronica en de omroepverenigingen, waarin uitsluitend of vrijwel uitsluitend programmegegevens en daarmee samenhangende informatie zijn opgenomen.

Wekelijks verschijnende programmabladen in Nederland	Oplage
Avrobode/Televizier (AVRO)	791.566
Mikrogids/Studio (KRO)	696.767
NCRV-gids (NCRV)	419.363
EO-visie (EO)	159.749
TROS-kompas/TV-krant (TROS)	696.961
VARA-TV-magazine (VARA)	518.590
VPRO-gids (VPRO)	242.773

Veronicablad (Veronica)	1.143.894
Humo (Mediaxis)	2.000
TOTAAL	4.671.663

34. Uit bovenstaande tabel blijkt de omroepverenigingen een marktaandeel van circa 75% op de Nederlandse markt voor wekelijkse programmabladen hebben. Veronicablad heeft een marktaandeel van circa 25%.
35. Tenslotte kunnen de markten van radio-omroep en televisie-omroep worden onderscheiden. Nederland beschikt over een drietal landelijke publieke televisieprogrammanetten (of zenders): TV1, TV2 en TV3. De zendtijd van de omroepverenigingen is verdeeld over deze drie televisiezenders. AVRO, NCRV en KRO zenden uit via TV1, TROS, BNN en EO via TV2 en VARA, VPRO en NPS via TV3. Daarnaast zijn sinds een aantal jaren op Nederland gerichte commerciële omroepen (of zenders) actief. Het betreft onder andere RTL4, RTL5 en Veronica van HMG, SBS6, The Music Factory en TV10. Ook kent Nederland een aantal omroepen dat lokale en regionale uitzendingen verzorgt. Ten slotte zijn er ook televisiezenders die in Nederland alleen via de satelliet worden ontvangen. De omroepverenigingen hadden tezamen met HMG (in casu Veronica, RTL4 en RTL5) in februari 1998 in Nederland een marktaandeel van 72,8% op basis van kijkcijfers.
36. Daarnaast beschikt Nederland over een vijftal landelijke publieke radioprogrammanetten (zenders) waarop in hoofdzaak de omroepverenigingen uitzenden: Radio 1 tot en met Radio 5. Daarnaast is er een groot aantal commerciële radiozenders in Nederland actief, waarvan Sky Radio, Radio 10 Gold, Radio Noordzee Nationaal, Radio 538 en Veronica FM de bekendste zijn. De omroepverenigingen hadden tezamen met HMG (in casu Veronica FM) in december 1997/januari 1998 in Nederland een marktaandeel van 36,4% op basis van luisterdichtheidscijfers.

2.2 Geografische markt

37. De geografische markt van de wekelijkse programma-overzichten wordt gevormd door het gemeenschappelijke gebied waarop de programma's zijn gericht en waarbinnen zij kunnen worden ontvangen. Dit gebied is Nederland.
38. De programma's van de omroepverenigingen, HMG en andere bovengenoemde partijen zijn gericht op het Nederlandse publiek. Dit komt met name tot uitdrukking in het gebruik van de Nederlandse taal in gesproken vorm of in ondertiteling, in op Nederlands publiek gerichte reclame-boodschappen en ten dele ook in de keuze van onderwerpen.
39. De geografische dimensie van de afgeleide markt van wekelijkse programmabladen, wordt gevormd door het gebied waarop zij zijn gericht en waarbinnen zij worden gedistribueerd. Deze uitgaven zijn blijkens het gebruik van de Nederlandse taal en gelet op de specifiek op Nederland gerichte advertenties die daarin zijn opgenomen, gericht op de Nederlandse markt.
40. Het bovenstaande brengt met zich mee, dat in deze zaak de relevante geografische markt Nederland is.

3. Licentie- en separate overeenkomst

41. De licentie-overeenkomst is een overeenkomst die op niet-exclusieve basis is afgesloten tussen ondernemingen.
42. Artikel 3 van de licentie-overeenkomst en nader uitgewerkt in de separate overeenkomst, is strijdig met artikel 6 Mw. De beperkingen die als uitwerking van artikel 3 in de separate overeenkomst zijn vastgelegd, schaden de vrijheid van HMG/Veronica en de afzonderlijke omroepverenigingen om zelfstandig gestalte te geven aan een eigen beleid ter zake van de inhoud, uitgifte, distributie en promotie van de desbetreffende wekelijkse programmabladen en de werving van nieuwe leden.

1."Aan de leden van een omroepvereniging wordt geen op geld waardeerbaar voordeel verstrekt, behoudens:

- een geschenk aan de aanbrengrer van één/meerdere nieuwe leden ter waarde van maximaal f 25,-
- een geschenk aan een nieuw lid, tevens jaarabonnee op het programmablad ter waarde van maximaal f 10,- (Beleidslijn Nevenactiviteiten en Ledenwerving art. 2-4);"

Het betreft hier een prijsafpraak, daar maximumprijzen worden vastgesteld voor de geschenken die samenhangen met de aanmelding als lid. Als gevolg van bovenstaande clausule wordt de mededinging op de landelijke omroepmarkt belemmerd, aangezien de omroepverenigingen afzonderlijk en Veronica de vrijheid wordt ontnomen om zelfstandig de meest gewenste ondernemingsstrategie inzake de werving van nieuwe leden te bepalen. Daarnaast worden deze partijen ook belemmerd in hun vrijheid om nieuwe abonnee's voor hun wekelijkse programmabladen te werven.

2."Bij wijze van introductie mogen omroepverenigingen uitgegeven programmabladen gratis verstrekken, mits de duur hiervan niet meer dan 13 achtereenvolgende weken per jaar bedraagt en tussen de periode van gratis verstrekking en een eventueel volgende gratis verstrekking een termijn van tenminste 9 maanden in acht genomen is;"

Bovenstaande clausule beperkt de vrijheid van de omroepverenigingen en Veronicablad om op basis van commerciële overwegingen de meest gewenste ondernemingsstrategie ter zake van de promotie van wekelijkse programmabladen te kiezen. Zij ontnemen de afzonderlijke omroepverenigingen en Veronicablad derhalve te mogelijkheid om zich door middel van promotie ter zake van de wekelijkse programmabladen van elkaar te onderscheiden.

3."Van de leden wordt een contributie geheven met een minimum bedrag van f 10,-- per jaar, of indien in het lidmaatschap de verstrekking van een programmablad is begrepen f 30, -- per jaar. (art. 64 Mw);"

Het bedrag van f 30,-- voor het lidmaatschap inclusief programmablad betreft een prijsafpraak die de mededinging beperkt, aangezien de afzonderlijke omroepverenigingen en Veronicablad niet de mogelijkheid hebben om ten opzichte van elkaar de prijzen van hun abonnementen op de wekelijkse programmabladen vast te stellen.

4."Een programmablad bevat, afgezien van de van derden afkomstige advertenties, gemiddeld berekend over een kalendermaand, niet meer dan 25% andere informatie zoals bedoeld in artikel 58, vierde lid van de Mediawet, d.w.z.: programmaopgaven en gegevens over het functioneren van de desbetreffende omroepinstelling en haar activiteiten. Partijen stellen in dit verband uitdrukkelijk vast dat de status ten tijde van het sluiten van de overeenkomst programmagegevens gehandhaafd kan worden;"

Het betreft hier een clause ter zake van de inhoud van de programmabladen. Als gevolg van deze clause is het voor de afzonderlijke omroepverenigingen en Veronicablad niet, of slechts in beperkte mate, mogelijk zich door middel van de invulling en opzet van het wekelijkse programmablad van elkaar te onderscheiden.

5."Omroepverenigingen mogen oproepen doen in het kader van ledenwerving, mits wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:
 - de oproepen mogen geen aanduiding bevatten van economische voordelen, verbonden aan het lidmaatschap dan wel aan het aanbrengen van een lid;
 - in de oproepen dient duidelijk te worden vermeld dat nieuwe leden voor ten minste één jaar contributie verschuldigd zijn;
 - de totale duur van de oproepen bedraagt ten hoogste 24 minuten per kwartaal voor wat betreft televisie-uitzendingen en 7 minuten voor wat betreft radio-uitzendingen, met dien verstande dat de totale duur van de op één zendernet op één dag door een omroepvereniging uitgezonden oproepen niet meer bedraagt dan 2 minuten;
 - deze oproepen mogen niet vooraf gaan of direct volgen op voor aankondigingen van uit te zenden programma's of verwijzingen naar de omroepprogrammatische inhoud van programmabladen;"

Als gevolg van bovenstaande clause wordt de mededinging op de landelijke omroepmarkt belemmerd, aangezien de omroepverenigingen afzonderlijk, Veronica en HMG de vrijheid wordt ontnomen om zelfstandig in vrijheid de meest gewenste ondernemingsstrategie inzake de werving van nieuwe leden te bepalen.

6."Een programmablad wordt niet aangeboden in combinatie met een ander blad (artikel 58, vijfde lid van de Mediawet)."

Bovenstaande clause beperkt de vrijheid van de omroepverenigingen en Veronicablad om op basis van commerciële overwegingen de meest gewenste ondernemingsstrategie ter zake van de distributie en uitgifte van wekelijkse programmabladen te kiezen. Zij ontnemen de afzonderlijke omroepverenigingen en Veronicablad derhalve de mogelijkheid om zich door middel van de distributie en uitgifte ter zake van de wekelijkse programmabladen van elkaar te onderscheiden.

43. Bovengenoemde beperkingen hebben tot gevolg dat ter zake van de wekelijkse programmabladen van enerzijds Veronicablad en de omroepverenigingen en anderzijds de omroepverenigingen onderling, de mededinging wordt belemmerd. Daarnaast wordt de status quo tussen de wekelijkse programmabladen in stand wordt gehouden en wordt het de omroepverenigingen afzonderlijk en Veronica/HMG onmogelijk gemaakt om naar eigen inzichten leden te werven.
44. Gezien het feit dat de uitgaven van de omroepverenigingen (75%) en Veronicablad (25%) tezamen de gehele markt van wekelijkse programmabladen in Nederland beslaan, kan worden gesteld dat artikel 3 van de licentie-overeenkomst en de beperkingen die staan vermeld in de separate overeenkomst in strijd zijn met het bepaalde in artikel 6 Mw, omdat daarmee de mededinging op de markt van wekelijkse programmabladen en op de markt van televisie- en radio-omroep in Nederland wordt beperkt. Gezien het relatief hoge marktaandeel van de omroepverenigingen en Veronica/HMG tezamen op de landelijke omroepmarkt, wordt als gevolg van de clauses inzake de werving van nieuwe leden de mededinging op deze markt verstoord.

45. Het betoog van verzoekster dat de licentie-overeenkomst met verwijzing naar het auteursrecht, niet onder de reikwijdte van artikel 6 Mw valt, kan niet worden gevolgd. Uit het besluit van de dg NMa in zaaknr. 1 De Telegraaf versus NOS/HMG d.d. 10.09.1998 blijkt dat op programmegegevens geschriftenbescherming rust en geen volledig auteursrecht. De dg NMa verwijst hiervoor onder ander naar een uitspraak van de voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven:

"De programmabladen van de omroepverenigingen zijn, voor zover het betreft de daarin gepubliceerde wekelijkse integrale programma-overzichten, geschriften die geen eigen of persoonlijk karakter dragen. Het zijn dus 'andere geschriften', als bedoeld in artikel 10, onder 1§ van de Auteurswet 1912. Dat brengt mee dat aan de omroepverenigingen als de makers van die geschriften op grond van de Auteurswet 1912 geen verder reikende bescherming toekomt dan tegen het door ontlening aan die geschriften zelf overnemen van de inhoud daarvan."(HR. NJ. 1962/355)." (Vz. CBB 19 februari 1992, UCB 1992, 17; Mediaforum bijlage 4, (1992-3, Krant op Zondag). In gelijke zin HR 17 april 1953, NJ 1954, 211; HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116; Pres.Rb).

46. In punt 7.20 van het eerdergenoemde besluit d.d. 10.09.1998 stelt de dg NMa:

"Het verschil tussen 'volledig auteursrecht' en 'geschriftenbescherming' is gelegen in de mate van bescherming die de rechthebbende toekomt. Het auteursrecht geeft de maker van het werk het uitsluitend recht dit openbaar te maken en te verveelvoudigen. Geschriftenbescherming beschermt tegen ontlening, dat wil zeggen tegen het geheel of gedeeltelijk overnemen van de inhoud van geschriften die zijn gepubliceerd dan wel bestemd zijn voor publicatie. Het specifieke voorwerp van het intellectueel eigendomsrecht van zowel de NOS als HMG is dat zij zich kunnen verzetten tegen ontlening aan hun programma-overzichten door derden. Dat betekent, volgens de hierboven genoemde rechtspraak, dat wanneer de NOS of HMG zich verzet tegen ontlening aan haar (gepubliceerde) programma-overzichten er - behoudens bijzondere omstandigheden - geen sprake is van misbruik. Ontlening, en daarmee inbreuk op de geschriftenbescherming, is in deze zaak echter niet het onderwerp van discussie.

Aan de orde is de wijze waarop de NOS en HMG hun - onbetwiste - recht om licenties te verlenen, uitoefenen. De NOS en HMG kunnen te dien aanzien geen bevoegdheden ontlenen aan de geschriftenbescherming."

47. NOS en HMG kunnen zich derhalve met een beroep op de geschriftenbescherming wel verzetten tegen ontlening aan hun (gepubliceerde) programma-overzichten, maar de geschriftenbescherming vrijwaart beide partijen niet voor een mededingingsrechtelijk oordeel met betrekking tot de wijze waarop het recht om licenties te verlenen, wordt uitgeoefend.
48. Aanvullend op de auteursrechtelijke bescherming, stelt verzoekster dat artikel 6 Mw niet van toepassing is onder verwijzing naar de Magill-beschikking van de Europese Commissie en de doctrine van selectieve distributie.
49. In overweging 27 van haar Magill-beschikking stelt de Europese Commissie dat:

"(...) ITP, BBC en RTE in alle aan derden verleende licenties zodanige voorwaarden opnemen als noodzakelijk wordt geacht voor

een uitgebreide berichtgeving van hoge kwaliteit over al hun programma's, met inbegrip van de programma's die voor een minderheid van de bevolking en/of voor een bepaalde regio zijn bestemd en programma's van culturele, historische en educatieve waarde."

Het betreft hier derhalve voorwaarden van zuiver kwalitatieve aard, die niet te vergelijken zijn met de kwantitatief georiënteerde criteria die in de clausules van de separate overeenkomst zijn vermeld, zoals bijvoorbeeld de 25%-norm, prijsafspraken voor het abonnement op een programmablad en het verbod om in combinatie met andere bladen wekelijkse programmabladen aan te bieden.

50. Ook een vergelijking met de doctrine van selectieve distributie gaat mank, aangezien het Gerecht van Eerste Aanleg in haar Givenchy-arrest van 12.12.1996 het eerder ingenomen standpunt van de Commissie bevestigt dat toepassing van selectieve distributie is toegestaan indien:
- 1) de eigenschappen van het betrokken product een systeem van selectieve distributie noodzakelijk maken;
 - 2) de keuze van de wederverkopers geschiedt op grond van objectieve kwalitatieve criteria die uniform zijn vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en op niet discriminerende wijze worden toegepast;
 - 3) het betrokken systeem een resultaat beoogt te bereiken waardoor de mededinging wordt verbeterd en;
 - 4) de voorgeschreven criteria niet verder gaan dan noodzakelijk is.
- In de praktijk wordt een systeem van selectieve distributie door de Europese Commissie, Het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie geoorloofd geacht indien het gaat om producten met een hoge toegevoegde waarde zoals sieraden, cosmetica en consumentenelektronica.
51. Zoals eerder aangegeven omvatten de genoemde clausules in de separate overeenkomst geen kwalitatieve criteria; daarenboven vereisen de eigenschappen van wekelijkse programmabladen of programmegegevens niet een systeem van selectieve distributie. Ook wordt de mededinging niet verbeterd als gevolg van de beperkingen en zijn deze niet absoluut noodzakelijk voor de exploitatie van programmabladen. Het beroep faalt derhalve en staat toepassing van artikel 6 Mw niet in de weg.
52. Het pleidooi van verzoekster kan niet worden gevolgd, voor zover wordt betoogd dat de beperkingen die voortvloeien uit artikel 3 van de licentie-overeenkomst noodzakelijk zijn om de lezers/passende en adequate informatie te verstrekken. Niet aannemelijk is dat dit het geval is. Juist zonder de beperkingen ten aanzien van de inhoud, uitgifte, distributie en promotie kan de consument optimaal worden bediend, omdat de verschillende uitgevers van wekelijkse programmabladen zonder enige restricties kunnen inspelen op de voorkeuren van de consumenten. Zonder de genoemde clausules kan de uitgever zijn wekelijkse programmablad zo inrichten, uitgeven, verspreiden en promoten dat zo optimaal mogelijk wordt voorzien in de vraag van de consument.

4. Conclusie over toepasbaarheid van artikel 6 Mw

53. Artikel 3 van de licentie-overeenkomst en de separate overeenkomst zijn in strijd met artikel 6 eerste lid Mw en dientengevolge, krachtens artikel 6 tweede lid, van rechtswege nietig. Daar clausules 1 en 3 van de separate overeenkomst in strijd waren met de Wet economische mededinging, in het bijzonder het Besluit Horizontale Prijsbinding, aangezien het hier prijsafspraken betrof, is de overgangsregeling zoals voorzien in artikel 100 Mw op deze clausules niet van toepassing. Deze clausules zijn derhalve nietig met ingang van

01.01.1998. Artikel 3 van de licentie-overeenkomst en de resterende clausules 2, 4, 5 en 6 van de separate overeenkomst zijn nietig met ingang van de datum van ondertekening van het onderhavige besluit.

B. Toepasbaarheid van artikel 16 Mw

54. Artikel 16 Mw stelt:

"Artikel 6, eerste lid, geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in dat artikel die ingevolge het bepaalde bij of krachtens enige andere wet zijn onderworpen aan goedkeuring of door een bestuursorgaan onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden, dan wel op grond van enige wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen."

55. Verzoekster beroept zich op artikel 16 Mw. Verzoekster stelt dat mede in het licht van (oud) artikel 62 Mediawet de licentie-overeenkomst indertijd ter kennis is gebracht bij het CvdM en dat het CvdM in de inhoud van de licentie-overeenkomst geen aanleiding zag maatregelen te treffen.

56. (Oud) artikel 62, tweede lid van de Mediawet luidde: "2. De in het eerste lid genoemde instellingen kunnen de auteursrechten op hun programma's en op de programmagegevens van de door hen verzorgde programma's, onverminderd het bepaalde in het eerste lid, voorts exploiteren mits dit geschiedt in het kader van een door het Commissariaat voor de Media goedgekeurde regeling."

57. Op 26.10.1994 heeft NOS een concept van de licentie-overeenkomst aan het CvdM voorgelegd. Op 09.11.1994 heeft het CvdM in een voorlopig oordeel gericht aan de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, onder andere gesteld dat: "Aangezien de exploitatie van omroepgegevens naast de Mediawet ook beheerst wordt door het auteursrecht en het mededingingsrecht, achten wij het thans niet opportuun tot een specifieke regeling te komen."

58. Het CvdM vond het derhalve in het voorlopig oordeel niet noodzakelijk om op basis van (oud) artikel 62, tweede lid van de Mediawet goedkeuring aan de concept licentie-overeenkomst te geven, aangezien het CvdM van mening was dat er geen regeling zoals bedoeld in dit wetsartikel door partijen behoefde te worden opgesteld.

59. Bij brief van 07.08.1998 heeft het CvdM aan de NMa meegedeeld dat het CvdM volgend op haar voorlopig oordeel van 09.11.1994 geen finaal oordeel heeft uitgesproken over de (concept) licentie-overeenkomst. Bovendien stelt het CvdM in eerdergenoemde brief dat de separate overeenkomst, noch in concept, noch in definitieve vorm toentertijd door NOS aan haar is voorgelegd.

60. Artikel 16 Mw moet ten aanzien van de goedkeuring door een bestuursorgaan aldus worden uitgelegd dat deze bij of krachtens enige andere wet een voorwaarde vormt voor de gelding en/of inwerkingtreding van een overeenkomst of een besluit. Dit doet zich in het voorliggende geval niet voor: er is geen sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 16 Mw, aangezien de (concept) licentie-overeenkomst niet krachtens de Mediawet was onderworpen aan goedkeuring door het CvdM. Artikel 16 Mw is derhalve niet van toepassing.

C. Toepasbaarheid van artikel 17 Mw

61. Artikel 17 Mw luidt:
"De directeur-generaal kan op aanvraag een ontheffing verlenen van het verbod van artikel 6, eerste lid, voor overeenkomsten (...) die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goed komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:
a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of
b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen."
62. De vereisten in artikel 17 Mw moeten in overeenstemming zijn met artikel 85, lid 3 van het EG-Verdrag en moeten in het licht van de desbetreffende Europese jurisprudentie geïnterpreteerd worden (dit blijkt uit Hoofdstuk 3 van de Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1995-1996, 24707 nr. 3, blz. 67).
1. Verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang
63. Het pleidooi van verzoekster kan worden gevolgd, voorzover wordt betoogd dat de levering van de programmeergegevens bijdraagt tot een verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van technische of economische vooruitgang. Door de uitwisseling wordt immers voorkomen dat meerdere niet allesomvattende wekelijkse programmabladen worden gedistribueerd.
64. Verzoekster heeft echter niet kunnen aantonen dat artikel 3 van de licentie-overeenkomst en de beperkingen die zijn opgenomen in de separate overeenkomst, bijdragen aan deze doelstellingen. Dit lijkt ook niet het geval te kunnen zijn. De beperkingen uit de separate overeenkomst gelden voor alle wekelijkse programmabladen in Nederland en hebben betrekking op een groot deel van de markt voor radio- en televisie-omroep. Als gevolg van de beperkingen worden de ondernemingen die op deze markten actief zijn, onder meer belemmerd in de promotie en de verdere inhoudelijk ontwikkeling van hun eigen wekelijkse programmabladen. Zo is bijvoorbeeld de inhoud van het wekelijkse programmablad onderworpen aan de 25%-norm, waardoor vernieuwende inhoudelijke koerswijzigingen van de bladen - bijvoorbeeld aan de wensen van de consument - voor een groot deel onmogelijk worden gemaakt.
65. Derhalve kan geconcludeerd worden dat de beperkingen die in de licentie- en separate overeenkomst liggen opgesloten, niet bijdragen aan de verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang. Door de marktdekkendheid van de beperkingen en het feit dat wekelijkse programmeergegevens door NOS en HMG niet vrijelijk aan derde ondernemingen worden verstrekt, kunnen potentiële concurrenten niet toetreden tot de markt voor wekelijkse programmabladen en derhalve ook geen positieve bijdrage op dit gebied leveren.
66. Aangezien aan de eerste voorwaarde voor de toepassing van artikel 17 Mw niet voldaan is en het voor de toewijzing van de ontheffingsaanvraag noodzakelijk is dat alle vereisten in artikel 17 Mw cumulatief zijn vervuld (arrest van 8 juni 1995, Schöller Lebensmittel t. Commissie, T-9/93, Jurispr. 1995, II-1611, r.o.139; arrest van 8 juni 1995, Langnese-Iglo t. Commissie, T-7/93, Jurispr. 1995, II-1533, R.O. 177), dient het ontheffingsverzoek afgewezen te worden. Overigens wordt aan de andere voorwaarden voor ontheffing evenmin voldaan.

2. Onmisbaarheid van de mededingingsbeperkingen

67. Verzoekster heeft niet kunnen aantonen dat artikel 3 van de licentie-overeenkomst en de beperkingen die zijn opgenomen in de separate overeenkomst, onmisbaar zijn. Overigens baseert zij haar pleidooi op onjuiste grondslagen. In tegenstelling tot datgene wat verzoekster veronderstelt, vinden deze beperkingen thans niet langer hun grondslag in de wet. De vermeende wettelijke grondslag van de in de separate overeenkomst opgenomen beperkingen is inmiddels komen te vervallen:
- Met ingang van 01.09.1997 is een wijziging van de Mediawet/het Mediabesluit in werking getreden op basis waarvan onder andere artikel 58, leden 4 en 5 van de Mediawet en artikel 11 van het Mediabesluit zijn geschrapt;
 - Met ingang van 01.02.1998 is een wijziging van de Mediawet in werking is getreden op basis waarvan uit artikel 64 het minimum bedrag van f 30,- gulden aan contributie indien de verstrekking van een programmablاد is inbegrepen, is geschrapt.
68. Daarenboven hadden de desbetreffende artikelen uit de Mediawet/het Mediabesluit slechts betrekking op de programmabladen van instellingen die zendtijd voor landelijke omroep hadden verkregen, waaronder de omroepverenigingen, en niet op de programmabladen van commerciële omroepen. Ook al zou de wettelijke grondslag voor de beperkingen nog bestaan, dan nog is dit geen dringende reden dergelijke bepalingen op te leggen aan Veronicablad.

3. Billijk aandeel voor consumenten

69. Het pleidooi van verzoekster kan worden gevolgd, voor zover wordt betoogd dat zonder de uitwisseling van programmegegevens de consument separate programmabladen zou moeten kopen en derhalve de consument baat heeft bij de licentie-overeenkomst. Verzoekster heeft echter in het geheel niet uitgelegd op welke manier artikel 3 van de licentie-overeenkomst en de beperkingen die zijn opgenomen in de separate overeenkomst, de gebruikers voor een billijk aandeel ten goede komen.

4. De mededinging wordt niet voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen uitgeschakeld

70. Verzoekster heeft niet aangetoond dat als gevolg van artikel 3 van de licentie-overeenkomst en de beperkingen die zijn opgenomen in de separate overeenkomst, de mededinging niet voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen wordt uitgeschakeld. Zoals eerder is aangegeven bezitten de publieke omroepverenigingen 75% van de markt voor de wekelijkse programmabladen in Nederland en Veronicablad 25%. Artikel 3 van de licentie-overeenkomst en de beperkingen die zijn opgenomen in separate overeenkomst ter zake van de programmabladen gelden aldus voor alle wekelijkse programmabladen in Nederland. De beperkingen inzake de werving van nieuwe leden zijn van toepassing op alle omroepverenigingen en Veronica.

5. Conclusie over de toepasbaarheid van artikel 17 Mw

71. De dg NMa is er niet van overtuigd dat aan de voorwaarden gesteld in artikel 17 Mw wordt voldaan.

V. BESLUIT

72. Gelet op het bovenstaande wordt de aanvraag om ontheffing van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw afgewezen, aangezien artikel 3 van de licentie-overeenkomst en de beperkingen die zijn opgenomen in de separate overeenkomst, aan toewijzing in de weg staan.

Datum: 23 december 1998

w.g. A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse
mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van verzending van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit, Sectie Beschikkingen, Bezwaar en Beroep, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

[terug](#)

Aan de inhoud van deze pagina's kunt u geen rechten ontleen.